

HAFTUNGSBEGRÜNDENDE KAUSALITÄT E HAFTUNGS AUSFÜLLENDE KAUSALITÄT/ CAUSALIDADE FUNDAMENTADORA E CAUSALIDADE PREENCHEDORA DA RESPONSABILIDADE

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

Doutora em Direito

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra

Investigadora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra

1. Do sentido unitário ao sentido binário da causalidade

Tradicionalmente, o nexo de causalidade, enquanto pressuposto da responsabilidade civil, era entendido de um modo unitário. Com o requisito, pretendia-se estabelecer a ligação – imposta por razões de justiça comutativa e pelo verdadeiro sentido da responsabilidade – entre o comportamento ilícito e culposo do agente (lesante) e os danos a indemnizar. Mais recentemente, fruto da influência que o ordenamento jurídico alemão exerce sobre o nosso modelo delitual, os autores passaram a referir-se, com mais ou menos acutilância, à *summa divisio* entre a causalidade fundamentadora e a causalidade preenchedora da responsabilidade. A primeira teria como função ligar o comportamento do sujeito à lesão do direito subjetivo ou do interesse¹; a segunda serviria para estabelecer o nexo entre a lesão do direito ou do interesse e os danos subsequentes que avultassem.

A cisão não está, contudo, isenta de controvérsia. Desde logo, não é acolhida em todos os ordenamentos jurídicos. Na Alemanha os autores distinguem *expressis verbis* a *haftungsbegründende Kausalität* da *haftungsausfüllende Kausalität*².

¹ Problematicar-se-á, portanto, sempre que a nossa perspectiva se centre na lesão de um direito subjetivo absoluto, seja ela uma lesão primária ou subsequente à prévia lesão de outro direito absoluto. Mas a causalidade fundamentadora da responsabilidade, como veremos, pode também ser relevante no quadro da segunda modalidade de responsabilidade civil. Menos relevante passará a ser no quadro da terceira modalidade de ilicitude.

² Cf. TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf und Zivilrecht*, Elwert, Malburg, 1904, 219; ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 8 Aufl., 1995, 210 (cf. também pág. 521, afirmando que o nexo de causalidade cumpre uma função positiva de imputação e uma função negativa de delimitação dos danos); LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts I, Allgemeiner Teil*, 14 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1987,

Mas, noutras latitudes a divisão não é claramente aceite ou é mesmo ignorada³. Em rigor, embora algumas diferenciações sejam estabelecidas no quadro da causalidade, fora

432; ENNECCERUS-LEHMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse*, 15 Aufl., Mohr, Tübingen, 1958, 60; ULRICH MAGNUS, “Causation in german tort law”, *Unification of Tort Law: causation*, J. SPIER (ed.), *Principles of European Tort Law*, vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, Boston, 2000, 63; GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich zur Europäisierung des Privatrechts*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2006, 545 s.; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 9 Aufl., De Gruyter, Berlin, New York, 1997, 290-292 (Cf., também, FIKENTSCHER/HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10 Aufl., De Gruyter, Berlin, 2006, 299 s.); ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. völlig neugestaltete und erw. Aufl., Carl Heymanns Köln, Berlin, Bonn, München, 1996, 84 (considerando, ademais, que a causalidade fundamentadora da responsabilidade não necessita de ser adequada, não tendo de se verificar o requisito da adequação também ao nível das disposições de proteção de interesses alheios); HERMANN LANGE, GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts. Schadenersatz*, 3 Aufl., Mohr, Tübingen, 2003, 77 s.; HENNIG LÖWE, *Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadenersatzrecht. Die Flucht in den Geldersatz immaterieller Schäden. Zugleich eine Besprechung der Caroleine – Urteil des Bundesgerichtshofs und des Draehmpaehl – Urteil des Europäischen Gerichtshofs*, Peter Lang, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, Frankfurt, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 1999/2000, 106, 115 e 230 s.; HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht. Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, 392 s.; CEES VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford University Press, 2006, 270 s.; B. WINIGER/H. KOZIOL/B.A.KOCH/R. ZIMMERMANN (eds.), *Digest of European Tort Law*, vol. 1, *Essential Cases on Natural Causation*, Springer, Wien, New York, 2007, 7 e 593 s.; KRAMER, “Schutzgesetze und adäquate Kausalität”, *Juristenzeitung*, 31, Heft 11/12, 1976, 338 s., onde, estabelecendo-se a mesma distinção, o autor fala de *Folgeschäden* como sinónimo de *haftungsausfüllende Kausalität*; GOTZLER, *Rechtmässiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang*, Beck, München, 1977, 101 s.; FRITZ LINDENMAIER, „Adäquate Ursache und nächste Ursache. Zur Kausalität im allgemeinen bürgerlichen Recht und in den Allgemeinen Deutschen Seeversicherungsbedingungen“, *Festschrift für Wüstendörfer, Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, Hundertdreuzehnter Band (113), 1950, 207 s., em especial pág. 214 s. (distinguindo a dupla função da causalidade: *haftungsauslösender Kausalität* e *haftungsbegründende Kausalität*); ULRICH HUBER, „Normzwecktheorie und Adäquanztheorie. Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH v. 7.6.1968“, *Juristenzeitung*, 21, 1969, 678; GREGOR CHRISTANDL, „BHG, 12 febbraio 2008, VI ZR 221/06 (OLG Saarbrücken) – Responsabilità medica: causalità e onere della prova nel diritto tedesco“, *Persona e Danno*, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/010849.aspx; HEIN KÖTZ, / GERHARD WAGNER, *Deliktsrecht*, 11. neu bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2010, 59; STEPHAN PHILIPP FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter haftungsbegründender Kausalität*, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, München, 2000, 25-26

³ H.L.A. HART E TONY HONORÉ, *Causation in the law*, 2nd edition, Clarendon Press, Oxford, 2002 (reprinted), 84-85; LEON GREEN, “The causal relation issue in negligence law”, *Michigan Law Review*, vol. 60, nº5, 1962, 574; STATHIS BANAKAS, « Causalité juridique et imputation : réflexions sur quelques développements récents en droit anglais », www.greca.univrennes1.fr/digital-Assets/267/267949_banakas.pdf; ID., “Causalité juridique et imputation. Réflexions sur quelques développements récents en droit anglais”, *Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile, actes du colloque des 15 et 16 décembre 2006, Faculté de droit et de science politiques de Rennes*, *Revue Lamy Droit Civil*, 2007/40, nº2641, 94 s. ; GENEVIEVE VINEY e PATRICE JOURDAIN, *Traité de Droit Civil, sous la direction de Jacques Ghestin : Les effets de la responsabilité*, 2^a edição, LGDJ, Paris, 2001, 197; FRANÇOIS-PAUL BENOIT, “Essai sur les conditions de la responsabilité civile en droit public et privé. Problèmes de causalité et d’imputabilité”, *JCP, La semaine juridique*, 1957, I, 1351; CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010, 11, 205 e 348,

do mundo germânico, parece que só em Itália⁴ e em Portugal a dicotomia é assumida explicitamente. Se ali é a jurisprudência que, para lá dos contributos doutrinários, adota a terminologia alemã⁵, em Portugal parece ser a doutrina que colhe a influência aludida⁶.

considerando que o conceito de causalidade em responsabilidade civil é único, mas integra duas porções de nexos causais diferentes: um entre o facto lesivo e o dano, fazendo avultar a causalidade como condição da responsabilidade civil, e outro que se estende à obrigação de reparação (note-se que o autor considera que o dano deve ser visto como uma espécie de *pivot*, em torno do qual se articula o nexo de causalidade, distinguindo-se do prejuízo. Veja-se pág. 207, onde somos confrontados com a segmentação causal, questionando, designadamente, a propriedade da diferenciação de valoração dos problemas); R. CHAPELARD, *Le préjudice indemnisable dans la responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique*, Grenoble, 1981, 152 s., considerando que existem dois nexos de causalidade, que se distinguem conceptual e funcionalmente (cf. pág. 153, págs. 157 s.) e que são apreciados de diversos modos (cf. pág. 170).

⁴ Cf. GINO GORLA, “Sulla cosiddetta causalità giuridica “fatto dannoso e conseguenze”, *Rivista di Diritto Commercial e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, anno XLIX, 1951, 405 s. [o autor relaciona a distinção com aquela entre o dano evento e o dano consequência e considera que ela está conotada com modelos de valoração específicos] e PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 1992, 88; CESARE SALVI, *Il danno extracontrattuale*, 49; PIETRO TRIMARCHI, *Causalità e danno*, 17 (cf., também, do autor, “La causalità nella responsabilità civile”, *Persona e danno*, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/files/011251_resource1_orig.pdf, 1, onde explica a importância de se distinguir a causalidade do evento danoso da causalidade da existência do dano; CLÁUDIO TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Giuffrè Editore, Milano, 1999, 344; ALBERTO MONNOSI, “Prova dell’inadempimento e liquidazione del danno”, *Responsabilità civile e previdenza*, 2000, 1025 a 1044; CARLO ROSSELLO, *Il danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza*, Cedam, Padova, 1990, 9 s.; FRANCESCO GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. 3, Cedam, 2010, 170; RANIERO BORDON, *Il nesso di causalità*, Utet Giuridica, Torino, 2006, 31 s.; BORDON/ROSSI/TRAMONTANO, *La nuova responsabilità civile, Causalità – Responsabilità oggettiva – Lavoro*, Utet, Torino, 2011, 33 s.

⁵ Cf. Cassazione 15 Outubro de 1999, in *Foro italiano*, 2000, I, 1917; vide igualmente M. GRAZIADEI/D. MIGLIASSO, “Haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität – Italy”, in B. WINIGER/H. KOZIOL/B.A.KOCH/R. ZIMMERMANN (eds.), *Digest of European Tort Law – vol. I – Essential Cases on Natural Causation*, Springer, Wien, New York, 2007, 602s.

⁶ Com grande desenvolvimento (bem como com uma extensa lista de referências bibliográficas), cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, 640 s., 924 s., nota 1834, 928 s., nota 2605 [a quem devemos importantes referências bibliográficas na matéria]; e, com importância nuclear no modelo de responsabilidade civil que propomos e na conceção de causalidade, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípiã, 2013; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspetivas em matéria de nexo de causalidade*, Princípiã, 2014; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, Princípiã, 2017.

No quadro da doutrina portuguesa, veja-se, igualmente, CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, 337, *Teoria da confiança*, 304; e *Direito Civil/Responsabilidade civil. O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006, 100; BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Almedina, Coimbra, 1997, 429-430; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Coimbra, 1929, XII, 441; RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, 507; PITTA E CUNHA, *Omissão e dever de agir em direito civil. Contributo para uma teoria geral da responsabilidade civil por omissão*, Almedina, Coimbra, 1999, 50; GOMES DA SILVA, *O dever de*

Por outro lado, contra ela levantam-se algumas vozes⁷. Consideram os autores que, sendo comum hodiernamente a separação entre a *haftungsbegründende* e a *haftungsausfüllende Kausalität*, é difícil encontrar um critério plausível de distinção, pelo que salientam que a mesma diz respeito a uma diversa forma como o problema é perspectivado. No fundo, segundo o seu entendimento, se perguntamos em que medida a lesão é imputável a alguém, estamos a localizar-nos no primeiro dano e é a primeira forma de causalidade a emergir; se, pelo contrário, focarmos o olhar na vítima e indagarmos qual a medida do seu dano que deve ser indemnizado, então, estamos a colocar o enfoque no dano subsequente.

Acresce que, de acordo com a argumentação oferecida por alguns pensadores, se uma das razões de ser para a separação entre os dois tipos de causalidade passa pela diferenciação de critérios de estabelecimento da causalidade, num e noutro segmento problemático, então ela perderia qualquer fundamento em face de hipóteses como aquela em que A destrói a vedação da propriedade de B, o que provoca a fuga de algumas vacas, já que quer a ligação entre o comportamento do lesante e a lesão da propriedade, quer a ligação entre a lesão da propriedade e a fuga das vacas, na explanação de Zimmermann e Kleinschmidt⁸, implicariam a chamada à colação do teste da *conditio sine qua non*.

17

Não só não cremos que os argumentos avançados procedam, como há boas razões para sustentar a bipartição em análise.

prestar e o dever de indemnizar, Lisboa, 1944, 65 s.; ANA PERESTRELO OLIVEIRA, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, Almedina, Coimbra, 2007, 67, n. 157 [não considerando a distinção, refere-se, contudo, expressamente a ela]; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*, Almedina, Coimbra, 2006, 143, n. 426 [em sentido crítico].

⁷ Negam a pertinência da dicotomia, ZIMMERMANN, “Herausforderungsformel und Haftung für fremde Willensbetätigung nach §823 I BGB“, *Juristenzeitung*, 1980, 10 s.; ERNST WOLF, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, Carl Heymann, Köln, Berlin, 1978, 205; FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, CEDAM, Padova, 1960, 21 s. Pronunciando-se em sentido crítico, vide, ainda, GRUNSKY, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch vor §249*, Rdnr. 39; PABLO SALVADOR CODERCH, “Recensión a Cees Van Dam, European Tort Law”, *Indret* 2/2007, www.indret.com, 3; GOTTWALD, *Schadenszurechnung und Schadensschätzung: zum Ermessen des Richters im Schadensrecht und im Schadensersatzprozeß*, Beck, München, 1979, 49 s. e 81 s. Vide, igualmente, BERND SCHILDER e WOLFGANG KLEEWEIN, “Österreich”, in CHRISTIAN VON BAR (hrsg.), *Deliktrecht in Europe, Landesberichte: Dänemark, England, Frankreich, Griechenland, Italien, Jugoslawien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Schweiz, Spanien, Türkei*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1994, 64; ANGELO LUMINOSO, “Possibilità, realtà o necessità della relazione causale”, *Studi economico-giuridici*, vol. LIII, 1989-1990, 219; CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law of Torts*, vol. 2, Clarendon Press, Oxford, 2000, 454, n.231, dando nota que em alguns ordenamentos jurídicos, como o Holandês, se abandonou a distinção.

⁸ ZIMMERMANN/KLEINSCHMIDT, in *Digest of European Tort Law*, I, 594-595

2. A importância prático-normativa da distinção

Não obstante as críticas que alguns autores fazem derramar sobre a distinção entre a causalidade fundamentadora e a causalidade preenchedora da responsabilidade, parece-nos que ela se afigura essencial em face do modelo ressarcitório com que lidamos.

A este propósito, Paulo Mota Pinto, considerando que a formulação rigorosa da cisão suscita problemas, a que não é imune a própria relevância dela⁹, vem afirmar que há vantagens claras no seu estabelecimento: permite separar o direito da responsabilidade do direito da indemnização, ao mesmo tempo que pode ser relevante para delimitar os poderes do Tribunal na decisão sobre a existência de um dano e o seu quantitativo, permitindo-se um aligeiramento da prova para a causalidade preenchedora da responsabilidade. Para Paulo Mota Pinto, a “distinção não é uma determinação da natureza das coisas, mas deve ser adotada e como distinção entre dois nexos de causalidade e não apenas como um problema de causalidade e um outro de avaliação e medida dos danos”¹⁰. E deve sê-lo porque “a distinção é necessária nos casos em que a conduta do responsável não seja relevante sem mais, mas apenas na medida em que preenche uma previsão legal que concede relevância a um resultado lesivo”. Ou seja, e acompanhando a fundamentação da dicotomia oferecida pelo autor, ela “compreende-se se considerarmos a necessidade delimitadora da responsabilidade segundo certas hipóteses: dada a ausência de uma responsabilidade por danos patrimoniais (isto é, dada a responsabilidade civil estar delimitada por hipóteses de responsabilidade que consideram relevantes determinadas ofensas e portanto a imediata relação entre um comportamento e certos prejuízos não ser, só por si, relevante para a sua imputação juridicamente relevante), a admissão do dever de indemnizar tem de exigir não só a relação entre o comportamento e um determinado evento lesivo integrador da responsabilidade, como a relação entre aquele e os danos a reparar”, assentando positivamente na diferença que separa a previsão do artigo 563º – referente à causalidade preenchedora da responsabilidade – da pressuposição da causalidade fundamentadora da responsabilidade contida no artigo 483º¹¹.

⁹ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo*, 924-925.

¹⁰ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo*, 927.

¹¹ Cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo*, 928 s. e n. 2605; e 640, n.1834.

Assim, e em primeiro lugar, cumpre salientar que a cisão se torna particularmente relevante no quadro de um ordenamento jurídico como o nosso em que somos confrontados – como requisito inultrapassável para a procedência de uma pretensão indemnizatória – com a exigência de verificação de ilicitude assente no resultado (violação de um direito absoluto ou de um interesse legalmente protegido). Na ausência de uma proteção geral do património, o artigo 483º CC desenha como centro nevrálgico da responsabilidade a violação de direitos. Ademais, a ilicitude é – para salvaguarda da separação entre o ilícito e a culpa – desvelada por via do resultado¹². Isto faz com que, do ponto de vista dogmático, seja imperioso saber se a lesão do direito pode ou não ser reconduzida ao comportamento do pretendo lesante. Em determinadas situações, será, aliás, esta a única via para se extrair uma conclusão acerca da própria ilicitude. É que, como bem se compreenderá, não é possível dizer que há ilicitude quando a morte, podendo estar relacionada com o comportamento do sujeito x, é o resultado das forças da natureza. Não obstante, a eleição destas forças como “autoras” da lesão não deriva, exclusivamente ou sequer, do apego a um pensamento naturalista, de tipo determinista ou não. Só os critérios forjados com base na intencionalidade predicativa da juridicidade são aptos a encontrar uma resposta que se pretende normativamente justa e materialmente adequada. Por outro lado, esta cisão releva-se ainda determinante à luz da finalidade reipersecutória da própria responsabilidade. Gert Brüggeheimer afirma que a dicotomia espelha a diferença que se estabelece entre a lesão do interesse e o dano. Para que haja responsabilidade, é necessário que haja uma lesão de um bem jurídico ou de um interesse protegido que seja imputável a um sujeito diverso daquele que o titula. Problematisa-se, assim, o fundamento da responsabilidade, devendo-se posteriormente saber que danos são indemnizáveis ou não, na medida em que devem ser causados através da lesão do interesse¹³.

Se assim é, então, percebemos que a maior ou menor relevância da cisão (e a maior ou menor dificuldade de ela se operar) fica dependente da modalidade de ilicitude com base na qual se fundamenta a responsabilidade. Hermann Lange e Gottfried Schiemann chegam mesmo a afirmar que a distinção entre estas duas formas de causalidade não se aplica se a lei se fixar no nexo de causalidade entre um comportamento específico – como,

¹² Dando conta disto mesmo, com amplo desenvolvimento entre nós, cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo*, 640 s.; 924 s., n. 1834

¹³ GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht*, 545 s.

por exemplo, a condução em excesso de velocidade, relevante nos termos do § 823 II BGB – ou um determinado processo operativo – responsabilidade objectiva – e o prejuízo. A conclusão dos autores não pode ser acolhida sem mais. Na verdade, no quadro da segunda modalidade de ilicitude, porque não nos confrontamos apenas com um desvalor de conduta, mas também de resultado, a distinção continua a fazer sentido. Ela fica, contudo, dependente da estrutura da própria norma violada. Já no tocante ao abuso do direito, a distinção parece esbater-se.

Importa, ainda, sublinhar que alguns autores, considerando embora que a distinção pode fazer sentido, adiantam que ela não teria importância no quadro da causalidade fundamentadora da responsabilidade, porque a obrigação de indemnização é limitada por meio da culpa¹⁴. Ora, a verdade é que a resposta que a culpa nos oferece a este nível não se mostra bastante para garantir a bondade do juízo imputacional. Na verdade, pode haver culpa e não existir imputação objectiva. É claro que a conclusão seria essa se nos ativessemos à doutrina da causalidade adequada. Contudo, como veremos esta deve ser substituída por uma perspectiva imputacional que nos leva mais longe.

Em suma, a bipartição entre a causalidade fundamentadora e a causalidade preenchedora da responsabilidade impõe-se pela estruturação da ilicitude no resultado e não na conduta e pela necessidade de ligar o resultado advindo ao comportamento do sujeito. Mas não só. Ela torna-se, igualmente, necessária em face de problemas concretos em que a recondução do dano à violação do direito não se apresenta absolutamente clara. Estamos, no fundo, a pensar em todas aquelas hipóteses em que, de acordo com uma visão unitária da causalidade, a que se acresce uma prisão ao critério da adequação, o jurista ficaria sem critério para afastar a responsabilidade por determinados danos, em relação aos quais o sentido do justo aconselhava o não ressarcimento. Pense-se, por exemplo, nos

¹⁴ Cf. HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*, 94 s. Veja-se, ainda, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*, Almedina, Coimbra, 1989, 270. Referindo-se, no quadro da segunda modalidade de ilicitude delitual – colimada na violação de disposições legais de protecção de interesses alheios –, à questão da causalidade, o insigne civilista entra em diálogo com as doutrinas da adequação e do fim da norma. Indagando se esta cumpriria a função tradicionalmente cometida à primeira, no âmbito específico já identificado, considera essencial, para uma lograda resposta, distinguir a *haftungsbegründende Kausalität* (causalidade “referida a uma primeira violação de bens jurídico ou a um primeiro dano”) da *haftungsausfüllende Kausalität* (“atinente aos danos subsequentes”). E conclui que, “com respeito à primeira, na medida em que aquela lesão pressuponha a culpa (mas só nessa medida), parece de facto desnecessário formular o juízo de adequação, o que se antolha uma repetição inútil. Bem menos transparentes nos parecem as coisas com respeito à segunda.

infelizmente famosos casos da prostituta. Em 6 de Julho de 1976, o *Bundesgerichtshof*¹⁵ pronunciou-se sobre um caso com a seguinte intencionalidade problemática: A, prostituta, é lesada por B num acidente. Em virtude da lesão, deixa de poder trabalhar durante trinta dias. Num dia normal de trabalho, A tinha cerca de 15/20 clientes, pelo que se verifica uma perda de rendimentos fruto da incapacidade temporária. Considerou o *Bundesgerichtshof* que não havia direito a uma compensação, segundo o § 252 BGB, porque a prostituição é desenvolvida *contra bonos mores*. Admitir a compensação implicaria que o ordenamento jurídico entrasse em contradição consigo mesmo. Mas, o tribunal não desatende totalmente a pretensão. A teve direito a um montante que cobrisse as necessidades básicas e que poderia ser obtido por uma pessoa saudável em condições normais, já que, de outro modo, o próprio lesante sairia beneficiado¹⁶.

A verdade é que, de acordo com as tradicionais doutrinas causais e ancorando-nos numa visão unitária da causalidade, a solução seria dificilmente explicada do ponto de vista dogmático. Aliás, cinco anos mais tarde, seria a vez de um tribunal austríaco se pronunciar sobre um caso idêntico¹⁷. A decisão haveria, então, de ser inversa, tendo sido o pedido da prostituta acolhido, por se considerar que o § 1325 ABGB determina que alguém que sofre uma lesão corporal tem direito a uma indemnização pela perda de lucros, onde se incluem os lucros de uma prostituta¹⁸. A discussão sobre a validade ou invalidade, colimada na ilicitude ou na violação dos bons costumes (sendo que uma e

¹⁵ *Bundesgerichtshof* 6 de Julho de 1976, VI ZR 122/75 (BGHZ 67, 119), in *Digest of European Tort Law*, II, *Essential Cases on Damages*, Berlin, Gruyter, 2011, 350, com comentário de R. Zimmermann e S. Mertens.

¹⁶ Segundo a explicitação de Zimmermann e Mertens, hoje a prostituição tem um regime especial na Alemanha – *Prostitutionsgesetz*, considerando-se que entre a profissional do sexo e o seu cliente se celebra um contrato. No entanto, esse contrato é ainda considerado *contra bonos mores*, pelo que não perdeu sentido a discussão sobre se deve ou não haver um direito à indemnização. Mais esclarecem os autores que vários são os argumentos que se mobilizam num sentido e noutro. Entre eles, sublinhe-se a ideia de que não se pode oferecer à prostituta uma pretensão indemnizatória mais favorável do que aquela que seria reconhecida a uma pessoa desempregada. Por outro lado, se a obrigação no âmbito do contrato em questão não é exigível, soa estranho que depois possa haver direito a uma indemnização no seio de um contrato – cf. R. ZIMMERMANN/S. MERTENS, *Digest of European Tort Law*, II, 350.

Para outras considerações acerca das situações em que se coloca o problema da responsabilidade pela perda de bens ou rendimentos obtidos ilicitamente, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Perda de bens e rendimentos obtidos ilicitamente – o problema da responsabilidade civil”, *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, v. 1, nº9, 2017, 2-26.

¹⁷ *Oberster Gerichtshof*, 12 Maio de 1981, 2 Ob 62/81, SZ 54/70, in *Digest of European Tort Law*, II, 351.

¹⁸ Cf. *Digest of European Tort Law*, II, 351, considerando-se que não se lida, aqui, com a questão da ilicitude, uma vez que a prostituição não é proibida na Áustria, e que o problema do contrato *contra bonos mores* é irrelevante, por não ser a prostituta obrigada a devolver a remuneração que recebeu, apesar da nulidade do contrato.

outra geram, entre nós, a nulidade), podendo ser importante, impede-nos de nos situar no patamar dialógico onde nos devemos encontrar para resolver a questão. A pretensão indemnizatória alicerça-se na violação do direito à integridade física ou, noutros casos, do direito à vida. É inequívoco que, independentemente de estarmos ou não a lidar com uma prostituta, deve ser atribuída uma compensação. A ilicitude desvela-se em concreto. E a partir dela serão, em concreto, discerníveis danos, entre os quais a perda da capacidade para trabalhar. Não basta, porém, que se possam considerar hipoteticamente putativos danos. Pelo contrário, devem ser provados em concreto. Estando em causa a morte da prostituta, os danos patrimoniais integrarão, necessariamente, a perda de rendimentos, tendo em conta a idade da vítima e a esperança de vida profissional futura¹⁹. Lesando-se a sua integridade física, indemnizar-se-ão, em princípio, os lucros cessantes associados à perda de capacidade para trabalhar. Simplesmente, se essa incapacidade for temporária, os danos são computados tendo em conta aquilo que o lesado efetivamente deixou de auferir e não aquilo que ele hipoteticamente poderia ter deixado de auferir, já que a indemnização vai cobrir o que ele receberia se não tivesse existido a lesão e, portanto, vai-se ater a dados dos quais se há-de fazer prova bastante. Para obter uma indemnização, a prostituta teria de provar os rendimentos em concreto que deixou de auferir. Mas isto não seria suficiente. Na verdade, teríamos de ver, partindo da lesão do bem jurídico integridade física, se a utilidade que se perde se integra ou não entre as faculdades que o direito absoluto em causa potencia ao seu titular. Se nenhuma dúvida há quanto à capacidade para trabalhar, e a partir daí obter rendimentos, a prestação de serviços sexuais não pode ser entendida como o exercício de uma profissão. Em apreço passa, portanto, a estar a liberdade de disposição do próprio corpo associada ao direito à integridade física ou, mais genericamente, ao direito geral de personalidade. Simplesmente, esse direito que se invoca ou essa faculdade jurídica – enquanto poder inerente ao conteúdo de um direito subjetivo – que se reclama inexistem em concreto. Na verdade, contra o que é muitas vezes sustentado, a autonomia que se associa ao ser pessoa, base do reconhecimento dos direitos de personalidade pelo ordenamento jurídico, não pode ser entendida no vazio.

¹⁹ Não estamos aqui a considerar outras parcelas do dano que serão atribuídas aos familiares sobreviventes, quer por via sucessória, quer diretamente. Pensamos, designadamente, na compensação dos danos não patrimoniais sofridos pela vítima antes de morrer, do dano da morte, e dos danos sofridos diretamente pelos familiares sobreviventes. Para uma consideração de todos eles, cf. artigo 496º CC. Veja-se, ainda, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “A (im)pertinência da autonomização dos danos puramente morais? Considerações a propósito dos danos morais reflexos”, *Cadernos de Direito Privado*, nº45, Jan./Março 2014, 3 s. e *Lições de responsabilidade civil*, Princípiã, 2017.

Significa isto que o direito à integridade física não integra, entre as suas faculdades, uma liberdade mal compreendida de exploração sexual do corpo. Ora, se esta faculdade não se pode reconduzir ao conteúdo do direito violado, não é possível cogitar a indemnização pelo prejuízo constatado. Este prejuízo não é normativamente relevante, por axiologicamente contrariar o próprio fundamento da juridicidade em que nos alicerçamos. A questão resolve-se, portanto, ao nível do preenchimento da responsabilidade. Não importa, pois, analisar a questão do ponto de vista da dicotomia entre a ilicitude ou a violação dos bons costumes e do seu impacto em sede contratual. Mas torna-se imperioso ter em conta a bipartição que analisamos neste trabalho.

Também a decisão do *Bundesgerichtshof* de 7 de Junho de 1968²⁰ parece evidenciar a importância prático-normativa da distinção. O caso relata-se em poucas palavras: A provocou um acidente de trânsito, tendo lesado B que, em virtude do mesmo, se tem de submeter a um exame médico, no decurso do qual se descobre que sofre de uma esclerose cerebral, que, não tendo relação com o acidente, o obriga a reformar antecipadamente. B, posteriormente, demanda A, pela perda de lucros, em virtude da reforma antecipada. Conforme sublinha o *Bundesgerichtshof*, o acidente foi *conditio sine qua non* da cessação da atividade profissional; e pode estabelecer-se uma relação de adequação entre os dois eventos, uma vez que “não está fora da experiência comum que uma lesão na cabeça, como a que B sofreu, conduza à necessidade de um exame médico e ao diagnóstico precoce de uma doença latente que conduz à reforma antecipada”. No entanto, continua o aresto, nem sempre a adequação se afigura um critério justo de limitação da responsabilidade, sendo necessário intervir o critério do âmbito de proteção da norma. Conclui-se, assim, que a proibição de lesar a integridade física de um sujeito não visa evitar a descoberta de doenças que podem conduzir à reforma, por se tratar aí de um risco geral da vida. Em comentário a esta decisão, Zimmermann e Kleinschmidt aduzem que o caso mostra a essencialidade da distinção entre a causalidade fundamentadora e preenchedora da responsabilidade: na verdade, só ela possibilita a aplicação de critérios causais diferenciados consoante estejamos a lidar com o primeiro dano – lesão do direito – ou com os danos subsequentes/consequenciais.

De modo análogo, a decisão do Tribunal de Recurso de Tessalónica 1316/2001²¹ parece evidenciar o mesmo, embora os autores, no horizonte dessoutro ordenamento

²⁰ *In Digest of European Tort Law*, I, 592 s.

²¹ *In Digest of European Tort Law*, I, 595.

jurídico, não adotem expressamente a terminologia germânica. Em causa estava, novamente, um acidente de viação. Mas, desta feita, o automóvel atropela A e B, sócios de uma sociedade. A e B exigiram uma indemnização pelas despesas em que incorreram, na sequência do acidente, e ainda pela perda de rendimentos causada pela redução dos lucros da sociedade, por sua vez gerada pela incapacidade de ambos para trabalharem em prol da atividade daquela. Se nenhuma dúvida se suscitou em relação à responsabilidade em relação a estes danos, levantou-se o problema de saber se a própria sociedade teria ou não direito a uma indemnização pela perda de lucros. Ora, em relação a estes danos – inequivocamente sofridos pela sociedade – diz-nos Dacoronia, em comentário ao aresto, que a *conditio sine qua non* não nos basta, sendo necessário fazer intervir a causalidade adequada²².

Não cremos que a solução proposta pelos autores, por referência a cada um dos casos *decidendi*, possa ser acolhida. Se é certo que a diferenciação entre os dois segmentos de causalidade se mostra imprescindível em ambas as situações, não concordamos quer com os termos da diferenciação proposta, nem com os critérios causais que, a partir dela, são aplicados às hipóteses controvertidas. Assim, no primeiro caso, o que está em causa é a recondução da lesão da saúde (doença neurológica) ao comportamento do sujeito lesante, concluindo-se, pelo cotejo da esfera de risco deste com a esfera de risco geral da vida, que se deve recusar a imputação; no segundo caso, sempre se haverá de reconhecer que o acidente de automóvel e subsequente lesão da integridade física dos dois sujeitos, sócios de uma sociedade, podem ser vistos como causa adequada da perda de rendimentos por parte da sociedade, donde se terá de concluir que também a adequação não servirá para limitar, a este nível, da responsabilidade. Esse limite vamo-lo encontrar na predicação da ilicitude na violação do direito ou – tratando-se de uma hipótese de responsabilidade pelo risco – na exigência de lesão física.

Deste modo, mais do que assumir como boa a cisão entre a *haftungsbegründende* e a *haftungsausfüllende Kausalität*, importa determinar com clareza quais os termos da distinção e, posteriormente, quais os critérios de apuramento da causalidade que se aplicam a cada segmento. Tal afinamento criteriológico afigura-se essencial até em termos de consequências jurídicas da diferenciação. São, geralmente, três as que a doutrina tem apontado: a) a culpa apenas se tem de referir ao estabelecimento da

²² In *Digest of European Tort Law*, I, 596.

responsabilidade, e já não aos danos subsequentes²³; b) a prova poderia ser flexibilizada no que respeita à causalidade preenchedora da responsabilidade²⁴; c) os critérios de estabelecimento do nexu são diferentes num caso e noutro²⁵.

3. Os termos da distinção

Se se aceita sem hesitação a cisão entre a causalidade fundamentadora e preenchedora da responsabilidade, temos, porém, dúvidas no tocante aos termos da distinção que é proposta por alguns autores. Em alguns pensadores, o que vai pressuposto é a diferença entre o estabelecimento da causalidade relativamente a uma primeira lesão e a uma lesão subsequente, considerando que os critérios causais a aplicar não são os mesmos. Assim, se A provoca um acidente de trânsito e, com isso, a queda de B, que parte uma perna, estar-se-ia diante de um problema de fundamentação da responsabilidade, a convocar o critério da *conditio sine qua non*. Indo de ambulância para o hospital e sofrendo novamente um acidente, do qual resulta a fratura da clavícula, coloca-se o problema de saber em que medida A é também responsável por esta lesão, para o que seria necessário fazer intervir outros critérios como a adequação ou o escopo da norma violada, por forma a limitar a obrigação de indemnização²⁶. É por isso que, nos casos como aquele em que A destrói a vedação da propriedade de B, provocando a fuga de vacas, os autores ou alguns autores vêm afirmar que se torna irrelevante a distinção, na medida em que o critério da condicionalidade sem a qual terá de ser aplicada a ambas as situações.

Creemos, porém, que os termos da distinção entre a *haftungsbegründende* e a *haftungsausfüllende Kausalität* não podem ser estes. Com efeito, se a diferenciação é justificada em nome da necessidade de reconduzir o resultado que nos oferece a ilicitude ao comportamento do lesante e se esta é desvelada sempre que haja violação de um direito absoluto (ou de um interesse tutelado por uma disposição legal de proteção de interesses alheios), então, o núcleo central da cisão há-de ser marcado por esse resultado danoso, entendido como um dano evento ou dano lesão. Isto quer dizer que, se na mesma situação emergir mais do que uma lesão de um direito absoluto, qualquer uma delas há-de ter de

²³ LARENZ/CANARIS, *Lebruch des Schuldrechts*, II/2, 353. Vide, igualmente, ZIMMERMANN/KLEINSCHMIDT, *Digest of European Tort Law*, I, 594.

²⁴ LANGE/SCHIEHMANN, *Handbuch des Schuldrechts*. 77 s.

²⁵ ZIMMERMANN/KLEINSCHMIDT, *Digest of European Tort Law*, I, 594.

²⁶ *Digest of European Tort Law*, I, 610 s.

ser imputada – de acordo com os mesmos critérios – ao comportamento do lesante, levantando-se sempre o problema da fundamentação da responsabilidade. O preenchimento da responsabilidade – ou a causalidade preenchedora da responsabilidade – diz respeito à recondução dos danos subsequentes, no sentido de danos consequenciais que não se traduzam na violação de um direito absoluto, a essa mesma lesão.

É por isso possível convocar a este propósito a noção de *Doppeldelikt*. A figura é pensada por alguns autores germânicos. De acordo com Deutsch, ele existe sempre que há uma lesão que é consequência da violação da norma de comportamento e essa mesma lesão pode ser qualificada, autonomamente, como a preterição de outra norma de conduta²⁷. No fundo, não seria uma, mas seriam duas as ilicitudes que se desvelariam, de forma autónoma. O sentido com que chamamos à colação o *Doppeldelikt*, a este ensejo, é mais amplo: não estão em debate, apenas, as hipóteses em que a lesão consequência da norma pode, ela mesma, ser configurada como a preterição de outra norma de conduta, mas também aqueles outros casos em que um mesmo comportamento gera, em simultâneo ou sucessivamente, a lesão de mais do que um bem jurídico. Configurado o nexo de causalidade (fundamentadora) da responsabilidade como um nexo de ilicitude, torna-se perceptível que seja a lesão do direito absoluto a comandar a bipartição que estamos a analisar. Com isto, torna-se perceptível que os critérios que temos de tornar operantes numa e noutra hipótese dita causal não sejam os mesmos.

4. A causalidade fundamentadora da responsabilidade e os seus critérios

Talqualmente ela é compreendida em termos de operacionalidade dogmática, percebe-se que o sentido responsabilizatório não possa deixar de estar presente na conformação do requisito. À mesma conclusão poderemos chegar em termos metodologicamente cunhados: se a interpretação que se faça de uma norma ou de um instituto jurídico implica sempre, sob pena de se incompreender a intencionalidade normativa da norma ou do instituto, a remissão da/o mesmo/a para um princípio normativo sustentador do sistema, então torna-se claro que os diversos pressupostos de procedência de uma pretensão indemnizatória serão sempre contaminados pelo sentido da juridicidade. Isto significa que a causalidade tem de deixar de ser pensada em termos fisicistas, naturalistas, como uma

²⁷ Cf. DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 206.

refração no mundo jurídico de uma relação causa-efeito, para passar a ser compreendida em termos de imputação.

No juízo imputacional que pretendemos edificar, haveremos de partir da ideia de pessoa livre e responsável, dado ser esta categoria ético-axiológica que alicerça a juridicidade e, como tal, a responsabilidade civil²⁸. Ao agir, porque é pessoa – isto é, porque é um sujeito que apenas se realiza no encontro com o outro, que lhe dirige uma pretensão de respeito e ao qual dirige também uma idêntica pretensão –, o sujeito tem de cumprir para com o outro uma série de deveres no tráfego, entre os quais os deveres de segurança no tráfego: é responsável pelo outro (no sentido da *role responsibility*). Violando algum desses deveres, a responsabilidade pelo outro transforma-se numa responsabilidade perante o outro: a primitiva esfera de responsabilidade que titulava convola-se numa outra, mais ampla e mais extensa, compreendida como esfera de risco/responsabilidade. A previsibilidade de que se cura ao nível da culpa deverá referir-se a essa esfera de risco (não aos danos-lesão, em si mesmo, mas antes disso, à edificação da esfera de responsabilidade), sendo, em princípio, imputáveis ao putativo lesante todos os danos que tenham a sua raiz naquela esfera, donde, *a priori*, podemos fixar dois polos de desvelação da imputação: um negativo, a excluir a responsabilidade nos casos em que o dano se mostra impossível (impossibilidade do dano), ou por falta de objeto, ou por inidoneidade do meio; outro positivo, a afirmá-la diante de situações de aumento do risco. Exclui-se a imputação quando o risco não foi criado (não criação do risco), quando haja diminuição do risco e quando ocorra um facto fortuito ou de força maior. Impõe-se, ademais, a ponderação da problemática atinente ao comportamento lícito alternativo.

Tal não é, contudo, bastante. Não basta contemplar a esfera de risco assumida pelo agente de uma forma atomística, desenraizada da tessitura antropológico-social e mundanal em que ele está inserido. Dito de outro modo, e relacionando-se isso com o pertinentemente aceite em matéria de definição da conduta juridicamente relevante, salienta-se aqui que, porque o referencial de sentido de que partimos é a pessoa humana, matizada pelo dialético encontro entre o *eu*, componente da sua individualidade, e o *tu*, potenciador do desenvolvimento integral da sua personalidade, há que cotejá-la com a esfera de risco encabeçada pelo lesado, pelos terceiros que compõem teluricamente o

²⁸ Para outros desenvolvimentos, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, cap. VIII. Damos aqui por reproduzidas as conclusões a que, nesse ensejo, chegámos no que toca à construção de um modelo imputacional alicerçado ético-axiologicamente no ser pessoa.

horizonte de atuação daquele, e ainda com a esfera de risco geral da vida. Ao que, aliás, não será também estranho o facto de todo o problema vir enervado pela teleologia primária da responsabilidade delitual, ou seja, pelo escopo eminentemente reparador do instituto.

Contemplando, *prima facie*, a esfera de risco geral da vida, diremos que a imputação deveria ser recusada quando o facto do lesante, criando embora uma esfera de risco, apenas determina a presença do bem ou direito ofendido no tempo e lugar da lesão do mesmo. O cotejo com a esfera de risco natural permite antever que esta absorve o risco criado pelo agente, porquanto seja sempre presente e mais amplo do que aquele. A pergunta que nos orienta é: um evento danoso do tipo do ocorrido distribui-se de modo substancialmente uniforme nesse tempo e nesse espaço, ou, de uma forma mais simplista, trata-se ou não de um risco a que todos – indiferenciadamente – estão expostos? O confronto com a esfera de risco titulada pelo lesado impõe-se de igual modo. São a este nível ponderadas as tradicionais hipóteses da existência de uma predisposição constitucional do lesado para sofrer o dano. Lidando-se com a questão das debilidades constitucionais do lesado, duas hipóteses são cogitáveis. Se elas forem conhecidas do lesante, afirma-se, em regra, a imputação, exceto se não for razoável considerar que ele fica, por esse especial conhecimento, investido numa posição de garante. Se não forem conhecidas, então a ponderação há-de ser outra. Partindo da contemplação da esfera de risco edificada pelo lesante, dir-se-á que, ao agir em contravenção com os deveres do tráfego que sobre ele impendem, assume a responsabilidade pelos danos que ali se inscrevam, pelo que haverá de suportar o risco de se cruzar com um lesado dotado de idiosincrasias que agravem a lesão perpetrada. Excluir-se-á, contudo, a imputação quando o lesado, em face de debilidades tão atípicas e tão profundas, devesse assumir especiais deveres para consigo mesmo. A mesma estrutura valorativa se mobiliza quando em causa não esteja uma dimensão constitutiva do lesado, mas sim uma conduta dele que permita erigir uma esfera de responsabilidade, pelo que, também nos casos de um comportamento não condicionado pelo seu biopsiquismo, a solução alcançada pelo cotejo referido pode ser intuída, em termos sistemáticos, a partir da ponderação aqui posta a nu. Há que determinar nestes casos em que medida existe ou não uma atuação livre do lesado que convoque uma ideia de autorresponsabilidade pela lesão sofrida. Não é outro o raciocínio encetado a propósito das debilidades constitucionais dele, tanto que a imputação só é negada quando se verifique a omissão de determinados deveres que nos

oneram enquanto pessoas para salvaguarda de nós mesmos. Não se estranha, por isso, que o pensamento jurídico – mormente o pensamento jurídico transfronteiriço – tenha gizado como critério guia do decidente o critério da provocação. Tornam-se, também, operantes a este nível ideias como a autocolocação em risco ou a heterocolocação em risco consentido. O juízo comparatístico encetado e justificado não dista sobremaneira pelo facto de a titularidade da segunda esfera de risco, concorrente com aquela, vir encabeçada por um terceiro. A triangular assunção problemática a que nos referimos leva implícita uma prévia alocação imputacional, posto que ela envolve que, a jusante, se determine que o comportamento dele não é simples meio ou instrumento de atuação do primeiro lesante. Donde, afinal, o que está em causa é a distinção entre uma autoria mediata e um verdadeiro concurso de esferas de risco e responsabilidade, a fazer rememorar a lição de Forst, embora não a acolhamos plenamente. O segundo agente, que causa efetivamente o dano sofrido pelo lesado, não tem o domínio absoluto da sua vontade, ou porque houve indução à prática do ato, ou porque não lhe era exigível outro tipo de comportamento, atenta a conduta do primeiro agente (o nosso lesante, a quem queremos imputar a lesão). Neste caso, ou este último surge como um autor mediato e é responsável, ou a ulterior conduta lesiva se integra ainda na esfera de responsabilidade por ele erigida e a imputação também não pode ser negada. Maiores problemas se colocam, portanto, quando existe uma atuação livre por parte do terceiro que conduz ao dano. Há, aí, que ter em conta alguns aspetos. Desde logo, temos de saber se os deveres do tráfego que coloram a esfera de risco/responsabilidade encabeçada pelo lesante tinham ou não por finalidade imediata obviar o comportamento do terceiro, pois, nesse caso, torna-se líquida a resposta afirmativa à indagação imputacional. Não tendo tal finalidade, o juízo há-de ser outro. O confronto entre o círculo de responsabilidade desenhado pelo lesante e o círculo titulado pelo terceiro – independentemente de, em concreto, se verificarem, quanto a ele, os restantes requisitos delituais – torna-se urgente e leva o jurista decidente a ponderar se há ou não consunção de um pelo outro. Dito de outro modo, a gravidade do comportamento do terceiro pode ser de molde a consumir a responsabilidade do primeiro lesante. Mas, ao invés, a obliteração dos deveres de respeito – deveres de evitar o resultado – pelo primeiro lesante, levando à atualização da esfera de responsabilidade a jusante, pode implicar que a lesão perpetrada pelo terceiro seja imputável àquele. Como fatores relevantes de ponderação de uma e outra hipótese encontramos a intencionalidade da intervenção dita interruptiva e o nível de risco que foi assumido ou incrementado pelo lesante.

Esta compreensão da causalidade – sendo fundamentada em termos ético-axiológicos e metodológicos e justificando-se pela falência dos tradicionais critérios da *conditio sine qua non*, da causalidade adequada e do escopo da norma violada – comporta consequências não negligenciáveis. Em primeiro lugar, em sede probatória, aligeirando o encargo que tradicionalmente recaia sobre o lesado; em segundo lugar, torna dispensável o juízo de condicionalidade, já que os comportamentos irrelevantes são afastados no momento da edificação da esfera de risco, que se desenha em concreto²⁹.

5. A causalidade preenchedora da responsabilidade e as ponderações que envolve

O problema da fundamentação da responsabilidade, através de um nexo de ilicitude, ficou resolvido a montante. O nosso problema, a partir daí, é apenas o da recondução dos danos subsequentes – que não configurem danos-lesão – à lesão do direito absoluto.

É inerente ao direito subjetivo absoluto um dado conteúdo patrimonial, traduzível numa nota de utilidade. Sempre que ela não possa ser realizada, fruto da intervenção de um estranho à esfera de domínio traçado pelo direito, desenha-se um dano. Este importa a consideração da repercussão que a lesão teve, já não no titular abstratamente configurado, mas na esfera da pessoa realmente lesada, uma vez que esse impacto é variável.

Imageticamente, podemos configurar duas esferas. Uma esfera de utilidade geral – traduzida no valor patrimonial do bem objeto do direito e, mais especificamente, compreendida pela análise das diversas faculdades inerentes ao conteúdo do direito – e uma esfera de utilidade particular – colimada naquilo que o concreto titular da posição subjetiva absoluta, dentro do primeiro círculo definido, se propõe realizar. Com base no cotejo destas duas esferas podemos encontrar a essência do que é o dano. E mais do que encontrar a essência do que é o dano³⁰, podemos encontrar aqui um critério de recondução dos danos subsequentes – dos segundos danos – ao dano evento (dano primário ou

²⁹ Para mais desenvolvimentos, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, cap. X; e MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “O ónus da prova da causalidade e a tentativa de compreensão do problema à luz de uma perspectiva imputacional – breves considerações”, no prelo.

³⁰ Cf. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, Cedam, 1929, 256 s., afirmando que o dano não atinge o bem em si, mas a conexão da pessoa com o bem, ou seja, a relação existente entre um sujeito que tem uma necessidade e o bem apto a satisfazê-la.

violação do direito subjetivo que, ao nível da primeira modalidade de ilicitude, assume uma posição charneira em toda a questão imputacional)³¹.

A partir dele conseguimos, de facto, saber em que medida o que a pessoa perdeu ou aquilo que deixou de ganhar se inscreve ou não na esfera do direito cuja lesão já tinha sido imputada a um determinado sujeito³². Note-se que a perda de utilidades do bem se poderá traduzir tanto no prejuízo diretamente sofrido pelo lesado (desvalorização do bem, despesas que teve de efetuar para repor a utilidade do bem, ou reparando-o ou encontrando uma alternativa que, momentaneamente ou não, satisfaça a mesma utilidade³³), como naquilo que deixou de ganhar, e incluir, ainda, o impacto não patrimonial que gerou³⁴. Convoca-se, portanto, a distinção entre os danos emergentes e os lucros cessantes e, com o que ficou dito, rememora-se, embora não de forma coincidente com a dicotomia entre o dano evento e o dano subsequente, a lição tradicional que cinde o dano real (“a perda *in natura* que o lesado sofreu, em consequência de certo facto, nos interesses (...) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar”; “a lesão causada no interesse juridicamente tutelado, que reveste as mais das vezes a forma de uma destruição, subtração ou deterioração de certa coisa material ou incorpórea”³⁵) e o dano patrimonial (“o reflexo do dano real sobre a situação patrimonial do lesado”³⁶)³⁷.

³¹ Assim se explica que o titular do direito à indemnização seja o titular do direito violado. Há, porém, exceções. Pense-se no artigo 495º/3 CC. O dano indemnizável é aí correspondente ao montante da obrigação de alimentos que deixou de ser cumprida.

³² A análise das faculdades inerentes ao conteúdo do direito pode ser importante num momento anterior, designadamente em todas aquelas situações em que não existe uma incidência direta sobre a coisa, mas em que a modificação ou perturbação de determinadas circunstâncias envolventes pode implicar – ou não – a violação do direito subjetivo.

³³ Problema interessante pode ser equacionado em relação ao que se designa por despesas preventivas. Pense-se, por exemplo, na despesa que uma empresa fez para ter um veículo de substituição que pudesse utilizar em caso de danificação do veículo de serviço. Sobre o ponto, cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo*, 593, n.1700; BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado*, 688 s.; MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil – Temas especiais*, UCP, 2015, 67. Veja-se, ainda, sobre o ponto a regulamentação da matéria nos *Principles of European Tort Law* e no *Draft Common Frame of Reference*.

³⁴ A problemática dos danos extrapatrimoniais foge, porém, à tentativa de captação do fenómeno dano à luz do que ficou conhecido pela teoria da diferença.

Note-se que neste impacto patrimonial se inclui também o que geralmente vai conhecido por frustração de despesas, isto é, aquelas situações em que a pessoa fez um determinado investimento que não vai aproveitar, porque o bem acabou lesado.

³⁵ Cf., por todos, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, I, Almedina, Coimbra, 2003, 598.

³⁶ Cf., uma vez mais, ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, 598.

³⁷ A convocação da lição tradicional torna-se, a este nível, imprescindível para se perceber em que medida o modelo por nós proposto dá ou não resposta a algumas das inquietações que aquela traz a lume.

O último medir-se-ia, “em princípio, por uma diferença: a diferença entre a situação real atual do lesado e a situação hipotética em que ele se encontraria, se não fosse o facto lesivo”³⁸. O critério, assente na hipótese da diferença, acabaria por se revelar, contudo, “um conceito inadequado de dano e um método insuficiente para a sua determinação, que escondia as considerações teleológicas ou valorativas decisivas”³⁹. Foram sobretudo questões como a perspetivação contabilística do dano (a levantar problemas acrescidos à indemnização de danos como o dano da perda de uso), como a da relevância da causa virtual ou da compensação de vantagens (“determinada decisivamente por pontos de vista valorativos que a hipótese da diferença deixa escapar”⁴⁰) que justificaram o olhar crítico sobre a fórmula que, desde Mommsen, foi assumida genericamente para efeitos de determinação do dano⁴¹.

Cremos, aliás, que é ao impor-se, por meio dela, a comparação de situações patrimoniais globais que o jurista esbarra em dificuldades acrescidas, entre as quais se conta o tópico da causalidade. Ora, a partir do momento em que a questão imputacional

³⁸ ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, 599. Para uma análise dos termos postos em comparação de acordo com a fórmula da diferença, cf., por todos, PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Almedina, 1998, 196 s.

³⁹ Cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo*, 810.

⁴⁰ Cf. PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo*, 803.

⁴¹ Foi nas conclusões de PAULO MOTA PINTO, a propósito da “fórmula da diferença”, que colhemos diretamente a síntese crítica acerca do critério. Cf., do autor, *ult. op. cit.*, *ult. loc. cit.* Note-se que o civilista não sustenta a rejeição em bloco da doutrina mommseniana. Cf. págs. 814/815,

Para outras considerações acerca da teoria da diferença, cf. GERHARD WAGNER, *Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden*, Beck, München, 2006, 12 s.; HANS FISCHER, *A reparação do dano no direito civil* Coimbra, 1983, tradução de FERRER CORREIA 24 s., também citados pelo autor.

Entre nós, ela é defendida por PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual*, 194 s.; ID., “O nexa causalidade na responsabilidade civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*, suplemento IX, 1951, 161; VAZ SERRA, “Obrigação de indemnização. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexa causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº84, Março 1959, 13 s.; ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Almedina, Coimbra, 2003, 599 e 907; RUI DE ALARCÃO, *Direito das obrigações* (texto elaborado por J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J.C. Proença. Com base nas lições do Prof. Doutor Rui de Alarcão ao 3º ano jurídico), policopiado, Coimbra, 1983, 273 s.; ALMEIDA COSTA, «Reflexões sobre a obrigação de indemnizar. Confrontos luso-brasileiros», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº3931 e 3932, 297 s.; PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2003, 91 s.; ID., *Cláusula penal e indemnização*, Almedina, Coimbra, 1999, 29 e s.; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, 420 (onde podemos encontrar uma análise das limitações da referida doutrina, em atenção aos danos não patrimoniais, aos danos futuros, aos casos em que a indemnização possa ser fixada em montante inferior aos danos causados, e aos casos em que os danos têm uma natureza continuada).

Cf., a este ensejo, MARTIN GEBAUER, *Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund*, Morh Siebeck, Tübingen, 2007, 7.

ficou solucionada a montante, e a partir do momento em que o esquema delitual se estrutura com base no direito subjetivo absoluto, podemos encontrar uma baliza que delimite o cotejo patrimonial. Ela passará exatamente pela consideração da esfera de possibilidades aberta pela titularidade daquele direito. Será, aos nossos olhos, dentro desse círculo que se jogarão as coordenadas básicas da determinação da indemnização⁴². No fundo, aproximamo-nos em certa medida da lição de Wilburg que fala de dois círculos que se intersectam de modo a, nesse jogo, estabelecerem o ressarcimento⁴³.

Neste quadro, deixa de ter qualquer razão de ser a equação de problemas como a causalidade virtual.

⁴² Em sentido crítico, cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual*, 195, n. 42. Sustenta o autor que “a frustração de um fim tem de ser suposta, se o direito não quiser renunciar à sua praticabilidade, em toda a diminuição do património. Dizer, pois, que todo o dano envolve a frustração de um fim só pode ser exato se esta proposição se entender no sentido de que todo o dano envolve objetivamente a frustração de um fim ou de vários fins do lesado. Para o direito, eu sofro um dano se alguém destrói um objeto que me pertence, pois ele faz parte do meu património; e isto ainda que porventura eu desconheça a existência desse objeto no meu património e nenhuma frustração de fins se deixe provar concretamente”. A nota essencial do dano encontrar-se-ia, para o insigne civilista, na diminuição patrimonial. Acresce que, para ele, não seria viável, à luz do que expende, determinar o dano com base na intersecção de círculos a que se alude. E as suas palavras não deixam de ecoar nos ouvidos de quem, como nós, propõe a interpretação expendida em texto. Na verdade, não podendo deixar de considerar que continua a existir um dano mesmo em casos de desconhecimento da lesão e, portanto, em casos em que nenhum interesse – em concreto – parece ser posto em causa, resta a dúvida se continuará a ser viável resolver o nosso problema pelo cotejo entre o valor objetivo do direito (o círculo de utilidades que ele, em geral e abstrato, dispensa) e os interesses que o lesado deixou de poder satisfazer. Não cremos, porém, que o argumento seja decisivo. Em primeiro lugar, ficando a concessão da indemnização dependente do impulso processual do lesado, sempre se haverá que concluir que, no momento processualmente relevante para a determinação do montante ressarcitório, o lesado já terá tido conhecimento quer do direito violado, quer do dano concretamente sofrido. Em segundo lugar, ainda que ele não tivesse qualquer interesse presente na utilização das potencialidades viabilizadas pelo bem objeto do direito, sempre reservaria o interesse de, um dia, poder alienar aquele direito, pelo que, em última instância, os dois círculos coincidiriam, sendo o montante do dano correspondente ao valor objetivo do bem lesado.

⁴³ Cf. WALTER WILBURG, “Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung”, *Jehrigs Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol. 81, 1931, 128. Cf., ainda, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual*, 810 (que também aflora o problema e recorre às mesmas fontes bibliográficas, falando de uma noção bipartida ou dualista de dano, que cinde um dano direito ou imediato, correspondente ao valor objetivo ou comum, que seria o dano mínimo – *Mindestschaden* – e o dano indireto ou mediato); ROBERT NEUNER, “Interesse und Vermögensschaden”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 133, 1931, 290 s. Neuner distingue o dano direito do dano indireto. O primeiro é avaliado objetivamente, tendo em conta o valor real do bem lesado, e constituiria o patamar mínimo da indemnização. O segundo corresponderia ao interesse, para o qual valeria uma avaliação concreta do dano. A dicotomia não deixa de ser importante, designadamente para saber se a indemnização pode ou não ser inferior ao valor objetivo do bem lesado. Cf. NEUNER, “Interesse”, 277 s., designadamente tendo em conta uma ideia de sanção e tendo em conta que o valor do bem faria já parte do património do lesado que, mesmo que não tivesse interesse nele, poderia sempre aliená-lo. Numa perspetiva crítica, cf. PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual*, 191, nota 36 e 192, nota 37.

O que aqui afirmamos, em consonância com o modelo imputacional que tentámos erigir, é que, uma vez respondido o problema imputacional⁴⁴, será com base nas possibilidades abertas pela esfera delimitada por cada direito subjetivo que os danos consequenciais, os segundos danos (que não sejam danos-lesão/evento), se hão-de reconduzir ao concreto direito violado. Só uma vez cumprido este juízo, estaremos em condições de determinar o *quantum* indemnizatório. Ora, nessa recondução do dano consequência ao dano evento – à lesão do direito tutelado *erga omnes* –, estamos desonerados, exatamente porque o *prius* de abordagem da nossa problemática é aquela posição subjetivamente vantajosa. Tal desoneração traduzir-se-á, na prática, quer na irrelevância da causalidade virtual para este efeito, quer na própria prescindibilidade de um juízo de adequação entre o dano e o comportamento do agente (a ser substituído por um juízo de pertinência do dano ao círculo de utilidades disponibilizadas pelo bem preterido), o que não quer dizer que não devam ser ponderadas algumas questões de índole dogmática e valorativa. Aliás, um dos tópicos com que se há-de lidar a este nível é o do concurso de culpas do lesado.

Na verdade, o artigo 570º CC abre-nos uma dupla possibilidade interpretativa: ele deve ser mobilizado ao nível da fundamentação da responsabilidade e ao nível do cálculo da indemnização. No que ao primeiro segmento respeita, os critérios de apreciação da culpa do lesado – que não pode ser entendida num sentido culpabilístico – conduzem-nos ao modelo de imputação objetiva, baseado no cotejo de esferas de risco, a que fizemos anteriormente referência. Este primeiro segmento estará em causa sempre que o que esteja em debate seja o agravamento do dano-lesão/dano-evento. O segundo segmento entrará em cena, quando esteja em causa o comportamento do lesado depois de verificada a lesão e, portanto, ao nível do cômputo da indemnização. Aí, os critérios a mobilizar deverão

⁴⁴ Veja-se a este ensejo a posição de VON CAEMMERER, “Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1956, 569 e ss.; ID., “Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht”, *Gesammelte Schriften*, Band I, *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Mohr Siebeck, Freiburg 1962, 411 s. Para o autor, numa linha da qual nos aproximamos mais, o problema da causalidade virtual não se coloca do ponto de vista da causalidade, mas implica uma ponderação ao nível da imputação, sendo por isso um problema normativo.

ser diferentes⁴⁵, questionando-se se faz ou não sentido impor ao lesado um dever de minorar o dano⁴⁶.

⁴⁵ Veja-se, ainda, CARNELUTTI, “Perseverare diabolicum (a proposito del limite della responsabilità per danni) », *Il Foro Italiano*, vol. LXXV, anno 1952, 100 s. e ANNICK ACHTARI, *Le devoir du lésé de minimiser son dommage, Étude en droit des obligations*, thèse Fribourgeoise, Schulthess, 2008, 83 s. A autora distingue claramente diversos problemas: a) *faute* concomitante do lesado, ou seja, aquela que concorre com o facto gerador de responsabilidade. É um comportamento que se insere na série causal e está numa relação de causalidade natural e adequada com o dano e contribui para o nascimento do dano; b) dever de minorar o dano, que avulta quando o facto gerador da responsabilidade já existe, não gerando, mas agravando o dano. É claro que, e como também admite Achartari, a distinção, na prática, nem sempre é simples. Contudo, afigura-se essencial. O critério de distinção não pode quedar-se numa noção temporal ou, sequer, causal. Isto é, é perfeitamente concebível que o comportamento do lesado, posterior à emergência do evento danoso, venha agravar o dano-lesão, colocando-se, novamente, o problema da imputação objetiva dele ao agente.

⁴⁶ A este propósito, retome-se, novamente, a lição de LARENZ, *Lehrbuch*, I, 540, nota 2, falando de uma *Obliegenheit*, que não deve ser entendida como uma obrigação de menor intensidade – *Pflicht minderer Intensität*. Sobre o conceito, veja-se, igualmente, LANGE/SCHIEHMANN, *Handbuch des Schuldrechts*, 552 e 576; ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 361 s.; e, falando da *incombance*, ANNICK ACHTARI, *Le devoir*, 57 s. Cf., também, OLAF HENSS, *Obliegenheit und Pflicht im Bürgerliches Recht*, Frankfurt am Main, Berne, New York, Paris, 1988, para a distinção entre o conceito de *Obliegenheit* e o conceito de obrigação. V., em geral sobre a obrigação de minorar o dano, HELMUT KOZIOL, “Die Schadenminderungspflicht”, *Juristische Blätter*, 1972, 225 s.; YANNICK DAGORNE-LABBE, “Existe-t-il une obligation pour les victimes de limiter leur préjudice? Cass. Civ. 2e., 19 juin 2003, 2 arrêts”, *Les Petites Affiches*, 2003, 13 s.; JEAN-LUC AUBERT, “La victime peut-elle être obligée de minimiser son propre dommage?”, *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 2004, 355 s.; GERT BRÜGGERMEIER, *Haftungsrechts*, 552 s. e 600 s. (v., especialmente, pág. 602, estabelecendo a dicotomia entre o *Schadensminderung* e a *Mitverschulden*, alicerçada em quatro pontos: a) *Zeitpunkt*: enquanto a *Mitverschulden* se refere ao comportamento anterior à lesão, o *Schadensminderung* reporta-se a um momento temporal posterior; b) *Gegenstand* (propósito): a *Mitverschulden* refere-se em primeira linha à consumação da violação do interesse, estando em causa o dano directo – dano primário/dano lesão [*Primär-/verletzungsschaden*], enquanto o *Schadensminderung* lida com a limitação do dano primário e a prevenção dos danos subsequentes; c) *Rechtsfolge* (consequência jurídica): enquanto a *Mitverschulden* conduz à repartição dos danos conjuntos, a omissão da obrigação de redução dos custos implica a não indemnização dos danos subsequentes evitáveis; d) os custos da *Schadensminderung* são para ser indemnizados pelo lesante; S. PIMONT, “Remarques complémentaires sur le devoir de minimiser son propre dommage”, *Revue Lamy Droit Civil*, nº9, 2004, 15 e ss.; GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité de Droit Civil, sous la direction de Jacques Ghestin : Les conditions de la responsabilité*, 3ª edição, LGDJ, Paris, 2006, 337 s. (considerando que é demasiado gravoso para a vítima adotar uma posição intransigente relativamente a uma obrigação de moderação do dano, ao mesmo tempo que é demasiado rígido sustentar que a vítima se pode manter passiva, deixando agravar o seu dano em detrimento do responsável. A solução proposta pelas autoras passa, portanto, pela responsabilização do lesado sempre que o seu comportamento se possa considerar *fautif*, em sintonia, aliás, com o que o novo projeto de reforma do direito das obrigações prevê, ao introduzir no CC uma disposição que “sanciona a abstenção *fautive* da vítima no que respeita às medidas de moderação do dano, ao menos fora dos casos onde tais medidas seriam de molde a poder atentar contra a sua integridade psíquica” – cf. artigo 1373º *nouv. C. Civ.*); CHRISTOPHE ANDRE, “L’obligation de modérer le dommage en droit interne. Note à la décision de la Cour d’Appel de Douai, 15 mars 2001”, *Recueil Dalloz*, 2002, 307 s.; MICHAEL G. BRIDGE, “Mitigation of damage in contract and the meaning of avoidable loss”, *Law Quarterly Review*, 1989, 398 s.; DOMINIQUE GENCY-TANDONNET, “L’obligation de modérer le dommage dans la responsabilité extracontractuelle”, *Gazette du Palais*, 2004, 1485 s.; REINHARD GREGER,

A este propósito podem ser chamados à colação princípios outros que não o princípio da responsabilidade, designadamente, e porque já existe uma relação certa entre lesante e lesado, o princípio da boa-fé⁴⁷.

“Mitverschulden und Schadenminderungspflicht – Treu und Glauben im Haftungsrecht?”, 1130 s.; ANNE METTETAL, “L’obligation de modérer le préjudice en droit privé français”, *Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif*, 2005, 1889 s.; DE CUPIS, *Il danno – Teoria generale della responsabilità civile*, 3ª edição, Giuffrè Editore, Milano, 1979, 132; TUNC, «Les récents développements des droits anglais et américain sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation», *Revue Internationale de Droit Comparé*, cinquième année, n°1, 1953, 29 s. ; ANNICK ACHTARI, *Le devoir*, 71 s.; KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band I, *Allgemeiner Teil*, 3. Neubearbeitete Auflage, Manz Verlag, Wien, 1997, 366; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, I, 935; RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Civitas, Madrid, 1999, 845.

⁴⁷ Veja-se, ainda, a este ensejo, ANNICK ACHTARI, *Le devoir*, 12, considerando que a boa fé não impõe só que as partes se comportem honestamente, mas também que atuem de maneira economicamente eficaz, pelo que a diligência deverá ser apreciada segundo critérios económicos.

Cf., igualmente, REINHARD GREGER, “Mitverschulden und Schadenminderungspflicht – Treu und Glauben im Haftungsrecht?”, 1132, referindo-se ao facto de a boa fé só ser mobilizável quando já haja uma relação especial entre os sujeitos.